مدى حرية الإرادة
في اشتراط الشروط في العقد

دراسة فقهية مقارنة

أحمد سمير قرني
ماجستير الفقه وأصوله ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الشارقة
الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة

الخلاصة :

بين الباحث من خلال هذا البحث مذاهب الفقهاء في صحيح الشروط من باطلها ، ومن خلال ذلك ألقى الضوء على تصور فقهاء كل مذهب لمدى حرية الإرادة في اشتراط الشروط .

وأشار الباحث إلى أسباب الخلاف في هذه المسألة ، ووضح بعد ذلك توازن المذاهب الفقهية في هذه القضية ، تحقيقا لمقتضى القاعدة الفقهية أن الأمر إذا ضاق اتسع .

تقديــم :

حمداً لك اللهم حمداً يليق بجلال وجهك وعظيم سلطانك ، وأفضل الصلاة والتسليم على النبي الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد:

فإن الناظر في مذاهب الفقهاء في هذه القضية قد يبدو له لأول وهلة أن أكثر هذه المذاهب قد اتجهت إلى التضييق الشديد على إرادة العاقدين في اشتراط الشروط ، لكن الواقع أن الفقه العملي لهذه المذاهب قد أورد على هذه القواعد العامة -التي استند إليها ذلك الفقه - الكثيرَ من الاستثناءات؛ مما حقق لها قدراً معقولاً من التوازن الفقهي في هذه القضية ، وسنلقي الضوء بمشيئة الله وعونه في هذا البحث على آراء فقهاء الأمصار في معيار الشروط المعتبرة في العقود ، وسننوه بتلك الاتجاهات التي برزت في الفقه الإسلامي مطالبة بتوسيع هذا الباب تماشياً مع روح الشريعة والتزاماً بمقتضى نصوصها.

المقصود بالشرط هنا هو: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة [١]، ومحل المعتبر منها صلب العقد [٢] .

والمقصود بحرية العاقدين في اشتراط الشروط : أي هل يستطيع العاقد أن يفرض من الشروط ما يناسبه، أم انه مقيد بحدود معينة في ذلك؟ .

تحرير محل النزاع :

– لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز اشتراط شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فالمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً.

– ولا خلاف بين أهل العلم في جواز اشتراط الشروط التي نص الشارع على إباحتها .

– لكن الخلاف وقع بينهم في معيار صحة أو فساد ما سوى ذلك من الشروط [٣] .

ولقد كثرت وتشعبت آراء العلماء في هذه المسألة ، وسرد تفاصيل هذه الأقوال سيؤدي إلى الإطالة الشديدة التي لا تتناسب وحجم هذا البحث ،

ولذلك فإني سأنقل مذاهب الفقهاء في هذه المسألة ، وأكتفي بمناقشة أدلة المذهبين الرئيسين ، ألا وهما مذهب الحنابلة ، ومذهب الظاهرية .

١- مذهب الأحناف (٤) :

الذي يتضح من مذهب الأحناف أنهم يقسمون الشروط إلى ثلاثة أقسام :

الأول: الشرط الصحيح، وهو نوعان:

١- شرط يؤيد العقد ، كما لو اشترط البائع على المشتري رهنا أو كفيلاً إلى حين سداد الثمن ، فهذا شرط معتبر، والعقد معه صحيح ، ويسمى بالشرط الملائم .

٢- شرط جرى بمثله العرف ، كأن يشتري الأثاث بشرط أن يوصله البائع إلى بيته (٥) .

الثاني : الشرط الملغي ، وهو الشرط الذي ليس فيه نفع لأحد العاقدين ، فيصح البيع ، ويلغو الشرط ، كأن يبيع السلعة بشرط أن لا يبيعها المشتري لآخر .

الثالث : الشرط الفاسد ، وهو ثلاثة أنواع :

١- ما لم يكن من المقتضى أو المتعارف أو المؤيد للعقد ، وكان فيه نفع لأحد العاقدين ، مثاله :

أن يشتري المشتري سلعة بشرط أن يقرضه البائع مالا .

٢- الشرط الذي يكون فيه غرر ، كبيع البقرة بشرط أن تكون حاملاً .

٣- شرط الخيار مؤبداً ، أو مؤقتاً بأجل مجهول جهالة فاحشة .

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الشرط الفاسد عند الأحناف هو ما اشتمل على الربا أو الغرر الفادح أو الجهالة الفاحشة أو كان مخالفاً لمقتضى العقد .

٢- مذهب المالكية :

يقسم المالكية الشروط إلى أربعة أقسام :

١- الشرط الفاسد ، وهو نوعان:

- الشرط الذي يناقض مقصود العقد، كشرط ألا يبيع المبيع ولا يهبه لأحد .

- الشرط الذي يقع فيه الربا أو الغرر في الثمن أو المثمون ، كشرط السلف من أحد المتبايعين . وهذا النوع من الشروط يفسخ به العقد على كل حال، كما قال ابن رشد .

وذهب بعض المالكية إلى أن شرط السلف من أحد المتبايعين إن تنازل عنه المشترط صح البيع (٦) ، وهو على هذا القول نوع ثان من الشروط عند المالكية.

٣- الشرط الصحيح وهو الشرط الذي لا يناقض مقصود العقد



ومقتضاه، بل هو من مصلحته كشرط الرهن والكفيل والأجل المعلوم والخيار الصحيح .

٤- شرط يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط ، وذلك ما كان الشرط فيه غير صحيح إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن ، وذلك مثل أن يبيع السلعة ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما ، ومثل الذي يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة (٧) .

٣- مذهب الشافعية : (٨)

قال الإمام النووي في الروضة – ما خلاصته– : الشروط نوعان :

أ- ما يقتضيه مطلق العقد ، كالقبض والانتفاع ، والرد بالعيب ونحو ذلك ، وهذه لا يضر التعرض لها ولا ينفع .

ب- وما لا يقتضيه ، وهو قسمان :

١- ما يتعلق بمصلحة العقد ، وقد يتعلق بالثمن كشرط الرهن أو الكفيل ، وقد يتعلق بالمثمن كشرط أن يكون العبد كاتباً ، وقد يتعلق بهما كشرط الخيار ، فهذه الشروط لا تفسد العقد ، وتصح في أنفسها .

٢- ما لا يتعلق بمصلحة العقد ، وهو نوعان :

- ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعاً، كشرط أن لا يأكل طعاماً معيناً ..!، فإن هذا لا يفسد العقد ، بل يلغو ، هكذا قطع به الإمام والغزالي.

- ما يتعلق به غرض يورث تنازعاً ، كشرط أن لا يقبض ما اشتراه ، أو لا يتصرف فيه بالبيع أو الوطء ونحوهما، فهذه الشروط وأمثالها تفسد البيع – إلا اشتراط العتق – .

٤- مذهب الحنابلة :

قسم الحنابلة الشروط إلى ضربين :

أ- منها صحيح ، وهو ما وافق مقتضى العقد ، وهو ثلاثة أنواع :

١- شرط مقتضى البيع كالتقابض وحلول الثمن ، فلا يؤثر فيه ؛ لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد .

٢- شرط ما كان من مصلحة العقد ، كالرهن المعين ، وكتأجيل الثمن إلى مدة معلومة ، فإن وفّى بالشرط ، وإلا كان لصاحبه الفسخ ، أو أرش فقد الصفة .

٣- شرط بائع نفعاً معلوماً في مبيع ، غير وطء ودواعيه ، كأن يشترط البائع سكنى الدار شهراً ، ،أو أن يبيع سيارة بشرط أن يركبها إلى موضع كذا ، أو أن يشترط المشتري على البائع نفعاً معلوماً في المبيع كحملان الحطب إلى موضع معين ، وإن جمع بين شرطين (من النوع الثالث) بطل البيع ..

ب- ومنها فاسد : وهو ما ينافي مقتضى العقد ، وهو ثلاثة أنواع :



١- شرط يبطل العقد ، كاشتراط أحدهما عقداً آخر كسلف وقرض وبيع،...فهذا يبطل البيع من أصله لأنه بيعتان في بيعة .

٢- ما يصح معه البيع ويبطل الشرط ، كأن يشترط البائع أن لا يبيع المبيع ولا يهبه ....

٣- مالا ينعقد معه البيع ، كأن يقول بعتك : إن رضي فلان (٩) .

- **مذهب ابن حزم** (١٠):

ذهب ابن حزم إلى بطلان كل شرط وعقد إلا ما أوجبه القرآن أو السنة، وذلك لاكتمال التشريع ، فأي شرط يخرج عن ذلك يدخل في باب التعدي لحدود الله والتجاوز لشريعته ، والابتداع في دينه.

نظرية ابن تيمية في الشروط (مجال الشروط عند ابن تيمية):

إن المجال الذي تطرح فيه الشروط عند ابن تيمية لا يخلو من خمس حالات:

١- أن يكون المجال مباحاً كاشتراط الرهن أو الزيادة في المهر أو الثمن أو المثمن ، فهذا يوجبه الشرط .

٢- أن يكون محرماً بدون الشرط ، فهذا لا يبيحه الشرط ، كالربا وكثبوت الولاء لغير المعتِق ، فقد نهى النبي (عن بيع الولاء أو هبته وجعل الولاء كالنسب(١١) ، وقال ﷺ «من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ، فعليه لعنة الله وملائكته والناس أجمعين» (١٢) .

٣- ما كان واجباً أو ساقطاً ، فالشروط لا توجب ساقطا ولا تُسقط واجبا .

٤- ما كان محرماً في حال مخصوصة، وهو ما يكون حكمه التحريم بالاستصحاب لا بالخطاب .

٥- ما كان مباحاً في حال مخصوصة، وهو مايكون حكمه الإباحة بالاستصحاب لا بالخطاب ، فهذان النوعان يرفع العقد والشرط موجب الاستصحاب فيهما(١٣) .

تفنيد ابن تيمية لنظرية مقتضى العقد التي اعتمد عليها جمهور أهل العلم :

يقول ابن تيمية :«من قال إن الشرط ينافي مقتضى العقد قيل له : أينافي مقتضى العقد المطلق ، أو مقتضى العقد مطلقاً ، فإن أراد الأول فكل شرط كذلك، وإن أراد الثاني ، لم يسلم له (١٤)، وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد ، كاشتراط الطلاق في النكاح ، أو اشتراط الفسخ في العقد فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده ، هذا هو القول الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي ...» (١٥) .

والخلاصة عند ابن تيمية: أن الشرط إذا كان منافياً لمقصود العقد(١٦) كان العقد لغواً ، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله ، فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما فلا وجه لتحريمه ، بل الواجب حِلُّه (١٧) .

منشأ الخلاف بين الأئمة في هذه المسألة (١٨)

لقد ثار جدل كبير بين العلماء قديماً وحديثاً في ضبط خلاف الأئمة في هذه المسألة ، ومنشأ هذا الخلاف هو عدم اتضاح نظرة تلك المذاهب إلى الأصل الذي تبنى عليه الشروط ، هل هو الإباحة أم الحظر ؟ فالذي جرت عليه المذاهب هو الاقتصار على بيان أقسام الشروط ، وذلك باستثناء بعض العلماء، منهم الكاساني من الحنفية ، والشاطبي من المالكية ، وابن مفلح من الحنابلة ، والإمامين ابن تيمية وابن القيم حيث أشاروا إلى أن الأصل فيها هو الإباحة ، ومن المخالفين الإمام ابن حزم رحمه الله، في كتابه الإحكام شرح أصول الأحكام .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية (١٩) : «..والذي يمكن ضبطه في هذه المسألة قولان : أحدهما ،أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته ، فهذا قول أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا ، وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد .

القول الثاني : أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه ، وإبطاله نصاً ، أو قياساً عند من يقول به ، وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط منه» .

أما الإمام ابن حزم فلما أراد مناقشة رأي المخالفين لمذهبه من القائلين بأن الأصل في العقود هو الإباحة لا الحظر، أشار إلى أن أصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية ، فقال :«والعجب كله من احتجاج الحنفيين والمالكيين بهذه الأخبار، وهم أول مخالف لها» (٢٠) ، وقال في موضع آخر: «ثم إن الحنفيين والمالكيين والشافعيين أشد الناس اضطراباً وتناقضاً في ذلك لأنهم يجيزون شروطاً ويمنعون شروطاً كلها سواء في أنها باطل ليست في كتاب الله..»(٢١) .

ثم جاء ابن القيم فقال : «الخطأ الرابع من أخطاء نفاة القياس ، اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة...... وجمهور الفقهاء على خلافه ، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه..» (٢٢) .

ملاحظات على النقول السابقة :

نلاحظ مما سبق معنا أن الإمام ابن

حزم – رحمه الله – عزا القول بأن الأصل في الشروط الإباحة إلى الحنفية والمالكية تارة ، وأضاف إليهم الشافعية تارة أخرى ، بينما جعلها ابن القيم مذهباً للجمهور ، أما ابن تيمية فقد اعتبر أن كثيراً من أصول أبي حنيفة ومالك ، وطائفة من أصحاب مالك وأحمد تميل إلى القول بأن الأصل في الشروط والعقود هو الحظر، وقد أثرت هذه الأقوال المختلفة ظاهرا (٢٣) في كثير من الباحثين المعاصرين ، فتعددت اتجاهاتهم في تحديد مذاهب الفقهاء في هذه القضية على أقوال :

١– فذهب بعضهم إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر في مذاهب الأئمة الأربعة (٢٤) .

٢– ونسب بعضهم القول بأن الأصل في الشروط المنع إلى الحنفية والشافعية، وأما الحنابلة والمالكية ، فعزا إليهم القول بأن الأصل في العقود هو الإباحة(٢٥) .

٣– ورأى آخرون أن القول بالإباحة هو مذهب الحنابلة ، وأما الحظر فهو مذهب الجمهور (٢٦) .

٤– ورجح آخرون أن الأصل في الشروط هو الإباحة عند الأئمة الأربعة(٢٧) .

وسبب الاختلاف بين أهل العلم في هذه المسألة يعود إلى أمور :

١– أن كتب المذاهب لم تنص على بيان الأصل في الشروط نصاً واضحاً يقطع به الباحث (٢٨).

٢– استعانة أصحاب المذاهب بالأدلة الشرعية عند تقريرهم إباحة الشروط ، مما حدا ببعض العلماء أن يستنبطوا من ذلك أن الأصل عندهم هو المنع ، وإلا لاكتفوا باستصحاب الأصل في تقرير إباحة الشروط .

٣– اختلافهم في اعتبار بعض أصول الاستدلال أو عدم اعتبارها ، واختلافهم كذلك في تفصيلات الاستدلال بهذه الأدلة (٢٩) .

والذي يظهر للباحث أن المذاهب الأربعة ترى أن الأصل في الشروط هو الإباحة وذلك للأسباب التالية :

١– أن الأصل في المعاملات والعقود عندهم هو الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه ، والشروط جزء من العقود .

٢– أنهم لم يقرروا في شيء من المباحث ذات العلاقة أن الأصل في الشروط هو المنع ، لكن اختلافهم الفقهي في ذلك يرجع إلى أسباب أخرى غير الخلاف في الأصل ، منها :

– اختلافهم في ضابط الشرط المنافي لمقتضى العقد .

– اختلافهم في تصحيح الأحاديث المستدل بها في هذه المسألة ، ومن ذلك على سبيل المثال، حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده:

أن النبي ﷺ «نهى عن بيع وشرط» ، فالحنفية والمالكية والشافعية صححوا هذا الحديث ، وبنوا عليه الحكم بفساد كثير من الشروط ، بينما ذهب الحنابلة إلى عدم صحة هذا الحديث ، فاتسعت تبعا لذلك دائرة الشروط الصحيحة عندهم .

– اختلافهم في التعامل مع عموم النص أو إطلاقه ، فحديث «نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط» أخذ به الشافعية على إطلاقه، بينما خصه الحنفية بالعرف ، أما الحنابلة فصححوا الشرط الواحد وأبطلوا الشرطين بناء على تضعيفهم هذا الحديث ، وتصحيحهم لحديث : «لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ....»(٣٠) .

٣– أن بعض فقهاء المذاهب قد أشاروا إلى أن الأصل في الشروط هو الإباحة ، يقول الكاساني– رحمه الله(٣١) : «وأما المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها إلا في قدر القيد ، والأصل فيه أن القيد إن كان مفيداً يثبت لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، لقول النبي ﷺ «المسلمون عند شروطهم ...» (٣٢) .

وقال صاحب الفروع في الفقه الحنبلي: «وإن بطل العقد لم يلزم الشرط بدونه فإن الأصل في الشروط الوفاء..» (٣٣) .

قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق: «...والمقصود أن الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه وقد قيل: بل الأصل فيها عدم الصحة إلا ما دل الدليل على صحته ، والأول هو الصحيح كما تقدم؛ فإن الكتاب والسنة قد دلا على الوفاء بالعقود والعهود وذم الغدر ..» (٣٤) .

ذكر الأدلة ومناقشتها :

طلباً للاختصار سأكتفي بذكر أدلة المذهبين الرئيسين في هذه المسألة ، ألا وهما مذهب القائلين بأن الأصل في العقود هو الإباحة والقائلين بأن الأصل في العقود هو الحظر، ونظراً إلى أن أبرز المدافعين عن هذين المذهبين هما ابن تيمية وابن حزم فسأكتفي بتلخيص أدلتيهما ثم أبين الراجح من ذلك :

– أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط والعقود هو الإباحة:

١– حديث جابر رضي الله عنه ، وفيه : «أنه كان يسير على جمل له قد أعيا ، فمر النبي ﷺ فضربه ، فسار سيراً ليس يسير مثله ، ثم قال بعنيه بأوقية ، فبعته ، فاستثنيت حملانه إلى أهلي....» الحديث (٣٥) ، وفي رواية : «واشترط ظهره إلى أهله»(٣٦) .

الشاهد : فبعته فاستثنيت حملانه إلى

المدينة (اشترط ظهره إلى أهله) .

وجه الاستشهاد : إقرار النبي ﷺ جابراً ﷺ على شرطه وبيعه مع أن فيه منفعة لأحد العاقدين .

٢– حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (٣٧) .

وهذا الحديث نص في هذه المسألة إذ بين أن الأصل في الشروط هو الصحة والاعتبار إلا ما خصه الدليل بالتحريم .

٣– حديث بريرة (٣٨)، لما كاتبت أهلها ، وأتت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها، فأرادت أم المؤمنين أن تشتريها فتعتقها فيكون لها الولاء ، فأبى أهلها إلا أن يكون لهم الولاء، فقال الرسول ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق ، ثم قام ﷺ فقال:ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل» (٣٩) .

ووجه الاستشهاد من الحديث : أن النبي ﷺ أبطل اشتراط بائع الأمة ولاءها، لأنه شرط مخالف للشرع المطهر .

٤– أثر صهيب رضي الله عنه (٤٠): أنه باع داره من عثمان رضي الله عنه، واشترط سكناها كذا وكذا (٤١) .

٥– الآيات والأحاديث التي ورد فيها الأمر بالوفاء بالعهود ، والعقود ، وامتداح الموفين بعهدهم وأيمانهم ، وذم من يخلف الوعد أو ينكث العهد ، من ذلك:

– قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ (المائدة:١)، وقوله: ﴿... وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ...﴾ (الأنعام: ١٥٢) .

– قوله: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ * فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ * فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقاً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ (التوبة: ٧٥–٧٧) ، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ (المعارج:٣٢) .

– قوله ﷺ :«آية المنافق ثلاث ، إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف ...، وإذا اؤتمن خان» (٤٢) .

– حديث البخاري ، ومسلم عن عقبة بن عامر، قال: قال ﷺ : « أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»(٤٣)، والنصوص في هذا المعنى كثيرة ، ووجه الاستشهاد من هذه النصوص: أن الشرع أمر أمراً عاماً

بالوفاء بالعقد ورعاية العهد ، وهذا يفيد أن الأصل في الشروط والعقود هو الصحة ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره ، وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد والشرط هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة (٤٤) .

و من أدلتهم من الاعتبار :

١– أن العقود والشروط من الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم ، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم (٤٥) .

٢– ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم ، فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم (٤٦) .

– أدلة القائلين بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر :

١– حديث بريرة رضي الله عنها ، لما كاتبت أهلها ، وأتت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها ، فأرادت أم المؤمنين أن تشتريها فتعتقها فيكون لها الولاء ، فأبى أهلها إلا أن يكون لهم الولاء، فقال الرسول ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن اعتق ، ثم قام ﷺ فخطب الناس ، فقال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق» (٤٧) ، وفي رواية :«شرط الله أحق وأوثق» (٤٨) .

٢– قوله تعالى : ﴿... الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً...﴾(المائدة: ٣)

– قوله تعالى: ﴿... وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ...﴾ (البقرة: ٢٢٩) .

وجه الاستشهاد من الدليلين : أنهما نص في إبطال كل عهد أو عقد أووعد أو شرط ليس في كتاب الله الأمر به ، أو النص على إباحة عقده لأن العقود والعهود والأوعاد شروط (٤٩) .

٣– أنه لا تخلو الشروط من أحد وجهين لا ثالث لهما : إما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه وإنفاذه ، فإن كان كذلك فنحن لا نخالفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه، وإما أن لا يكون في نصوص الوحيين إيجابه وإنفاذه ، فهذا لا ينفك عن أربعة أوجه :

– الوجه الأول : أن يبيح الشرط ما حرم الشرع ، وهذا باطل .

– الوجه الثاني: أن يحرم الشرط ما أباحه الشرع ، وهذا أيضا باطل .

– الوجه الثالث : أن يسقط الشرط ما

أوجبه الشرع ، فهذا لا يجوز .

– الوجه الرابع : أن يوجب الشرط ما أسقطه الشرع، كمن يلتزم صلاة سادسة مثلا ، فهذا لا يجوز كذلك ،...فإن كل هذه الوجوه تعد لحدود الله تعالى ، والمفرق بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل[٥٠] .

مناقشة الأدلة :

بعد إمعان النظر في أدلة الفريقين تبين للباحث أن الراجح منهما هو ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

وقد أجابوا على استدلال الظاهرية بحديث بريرة ، بأن معنى قول النبي ﷺ: «من اشترط شرطا ليس في كتاب الله ، فهو باطل» [٥١]: بأن معناه أن من اشترط شرطاً مخالفاً للشرع فشرطه باطل .

فالشرط لا يبيح حراماً ولا يحرم حلالاً، ومن ذلك اشتراط الولاء لغير المعتق فإن النبي ﷺ «نهى عن بيع الولاء وعن هبته» [٥٢] وجعل الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد ، وقال ﷺ : «من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله وملائكته والناس أجمعين»[٥٣] ، وأبطل الله ما كانوا عليه في الجاهلية من تبني الرجل ابن غيره ، أو انتساب المعتق إلى غير مولاه [٥٤] ، فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط ، فلا يبيح الشرط منه ما كان حراماً، وهذا هو توجيه هذا الحديث[٥٥].

– وكذلك فإن النبي ﷺ قال: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل»[٥٦] ونحن نقول إن الكتاب قد دلّ بعمومه على اعتبار هذه الشروط كما بينت سابقاً، وكذلك القول إذا ثبت الشرط بسنة أو إجماع ، فان الكتاب أمر باتباع السنة [٥٧] .

– وأما قوله تعالى : ﴿... الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي...﴾ (المائدة: ٣) فإن من كمال الدين صلاحيته لكل زمان ومكان وملاءمته لمختلف البيئات وتلبيته لكل الحاجات ، ولذلك فتح لنا الشرع باباً واسعاً، وهو المباح، قال ﷺ : «...وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تسألوا عنها» [٥٨] ، وفي حديث آخر: «.... وما سكت عنه فهو عفو» [٥٩].

وهذا هو الذي ينطبق على الشروط إذ إنها باب يتجدد بتجدد حاجات الإنسان ومتطلباته ، وليس كمال الدين بمعنى أن الله نص عبارة على كل ما يقع في الحياة وما يستجد فيها ، إذ لا يقول بهذا أحد من أهل الشريعة .

– وأما دليلهم الثالث ، فقد أجاب عنه ابن القيم بقوله : «وأما ما ذكرتم من تضمن الشرط لأحد تلك الأمور الأربعة ، ففاتكم قسم خامس وهو الحق ، وهو ما أباح الله تعالى للمكلف تنويع أحكامه

بالأسباب التي ملكه إياها ، فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد أن كان حراماً عليه أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً... فنكاح المرأة يبيح له ما كان حراماً عليه من الوطء ..وطلاقها يحرم عليه ما كان حلالاً عليه... وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه ، فالله هو الذي حرم وأحل وأوجب وأسقط وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا، فإذا ملك المكلف تغيير الحكم بالعقد ، ملكه بالشرط الذي هو تابع له من باب أولى»[٦٠] .

– توجيه الأحاديث التي وردت في الباب[٦١] :

وردت جملة من الأحاديث قد يبدو للناظر فيها لأول وهلة أن ثمة تعارض بينها وبين ما رجحناه من حل الشروط وإباحتها ما لم تصادم نصاً شرعياً ، ومن هذه الأحاديث :

١– أخرج مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ :«نهى عن المحاقلة و المزابنة والمعاومة والمخابرة وعن الثنيا ورخص في العرايا» [٦٢] ، والثنيا: هي الاستثناء في البيع [٦٣] .

فعموم هذا الحديث قد يتعارض مع حديث جابر : «واستثنيت حملانه» والجمع بين الحديثين يتضح بالروايات الأخرى لحديث النهي عن الثنيا، فقد أخرجه النسائي والترمذي وغيرهما، وفيه: «ونهى ..عن الثنيا إلا أن تعلم» فالنهي يرد على الاستثناء المجهول ، لأنه يورث الخلاف والنزاع ، أما الاستثناء أو الشرط المبين فلا بأس به، ولذلك اتفق الفقهاء على جواز أن يقول بعتك بألف إلا درهماً [٦٤] .

٢– حديث ابن مسعود : «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة» [٦٥] .

٣– حديث أبي هريرة : «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة» [٦٦] .

– نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن سلف وبيع ، وعن ربح ما لم يضمن .. [٦٧] .

– قوله ﷺ : «من باع بيعتين في بيعة فلها أوكسهما أو الربا» [٦٨] .

٤– حديث عبد الله بن عمرو، قال : قال ﷺ : «لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم تضمن ، ولا بيع ما ليس عندك»[٦٩] .

وهذه الأحاديث يفسر بعضها بعضاً، والمقصود منها هو النهي عن التحايل على الربا بأي وسيلة كانت ، ووسائل التحايل على الربا متنوعة[٧٠]، ولذا تنوعت الألفاظ النبوية في النهي عنها ٢ ، ٣– منها أحاديث النهي عن بيعتين في بيعة[٧١] أو صفقتين في صفقة [٧٢] ، وذلك بأن يبيعه السلعة إلى أجل ثم يبتاعها بأقل من ذلك نقداً [٧٣]، وهذه هي العينة التي وردت في قوله ﷺ : «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم

أذناب البقر، ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه عنكم حتى تراجعوا دينكم» [٧٤] ، وقوله ﷺ : « من باع بيعتين في بيعة فلها أوكسهما أو الربا»[٧٥].

– ومنها كذلك : سلف وبيع ، أو قرض وإعارة أو قرض وإجارة، …فكل قرض جر نفعاً فهو ربا كما قرر ذلك أهل العلم ، قال ابن قدامة : «لو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل، وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا» [٧٦].

– شرطان في بيع ، قال ابن القيم : هذا الحديث نص في تحريم الحيل الربوية … والأولى تفسير كلام النبي ﷺ بعضه ببعض، فنقول نظير هذا نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعة، وقد فسر بعدة تفسيرات أصحها: أن يقول البائع خذ هذه السلعة بعشرة نقداً وآخذها منك بعشرين نسيئة وهي مسألة العينة، وهذا هو المعنى المطابق للحديث .. وهذا بعينه الشرطان في البيع [٧٧] ؛ فإن الشرط يطلق على العقد نفسه [٧٨] .

٥– حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط» .

وقد أخرج الطبراني هذا الحديث[٧٩]، من طريق أبي حنيفة، وأبو حنيفة هو الإمام المعروف صاحب المذهب ، لكن حديثه قد ضعفه جمع من العلماء[٨٠] قال ابن قدامة معلقاً على هذا الحديث: «لم يصح وليس له أصل وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه» [٨١] .

وقال شيخ الإسلام : واحتجوا أيضاً بحديث يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى وشريك ، «أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط »، وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث ، وقد أنكره احمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع الفقهاء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه… شرط صحيح [٨٢]» .

خلاصة البحث:

مما سبق يتضح لنا أن مذاهب الفقهاء تتفق في الجملة على أن الشرط الفاسد هو الشرط الذي يشتمل على أمر محرم شرعاً، وهذا التحريم له عدة صور وأسباب ، منها :

– أن يتضمن غرراً أو جهالة أو ربا ، كأن يشترط شرطاً جزائياً يلزم المشتري بدفع غرامة إضافية لتأخره عن دفع القسط في بيع التقسيط [٨٣] .

– أن يكون مخالفاً لمقصود العقد ، كأن يشترط في النكاح عدم الوطء .

– أن يكون مخالفاً لحكم العقد، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يسلمه السلعة .

– أن يكون شرطاً تعسفياً، كأن يشترط عليه ألا يبيع المبيع ، أو أن يهبه لفلان..أو أن يشترط عليه ألا يأكل طعاماً بعينه مثلاً… .

وقد استشف الباحث من عرضه لأقوال الفقهاء في هذه القضية أن هذه المذاهب ترى أن الأصل في الشروط هو الإباحة ، وإلا لما كان هناك داع لمثل هذه التقاسيم في أنواع الشروط ، إذ يكفي أن يقرر الفقيه أن الأصل في الشروط هو الحظر ، إلا ما ورد بجوازه نص ، لكننا بالتأمل في هذه المذاهب نرى أنها تتفاوت فيما بينها في التضييق والتوسيع على إرادة العاقد في اشتراط الشروط ، وبعبارة أخرى فإن بعض المذاهب توسع من مفهوم الشروط الفاسدة أو الباطلة (المخالفة لمقتضى العقد)، وتتجه أخرى إلى التضييق من هذا الباب .

والراجح في هذه المسألة كما أسلفت هو ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم من توسيع باب الشروط ، بناء على أن الأصل فيها الإباحة ، ولا شك أن الحاجة الملحة ، وجريان العرف بمثل هذه الشروط ، يعد من الأسباب التي تدعو إلى التوسع فيها؛ لأن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة، يقول أبو زهرة : «إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها، وتشعبت أنواعها، وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون حتى وجدت عقود لم تكن ، وتفنن الناس في الشروط تفننا باعد ما بين العقود وأصولها المذكورة في كتب الفقه ، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود وفساد تلك الشروط لصار الناس في حرج وضيق ، ولُشلّت الحركة في الأسواق ، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس، بل لقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد الناس، ولا تنمو ثروة الجماعات….»[٨٤] .

قلت: وهذا القول هو مقتضى النظر في مقاصد التشريع كتحقيق مصالح العباد، ورفع الحرج عنهم ، كقاعدة المشقة تجلب التيسير ، واعتبار العادة والعرف .

وبعد أن حررنا مذاهب الفقهاء في هذه القضية لا بد لنا من الإشارة إلى أثر الشرط الفاسد على صحة العقد ، ليتضح لدينا تصور تلك المذاهب لقضية الشروط في العقد نظرياً وعملياً .

فقد اختلف الفقهاء في الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى العقد ، هل تقتضي بطلانه وفساده ؟ أم أنها تفسد ويصح العقد ؟

القول الأول: ما ذهب إليه أبو حنيفة من فساد العقد بالشرط الفاسد [٨٥]، قال الكاساني : «ومن شرائط صحة البيع الخلو عن الشروط الفاسدة ..» وقال: «ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا ، وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز ، والشرط باطل، والصحيح قولنا لنهيه ﷺ عن بيع وشرط ، والنهي

يقتضي فساد المنهي، فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص من عموم النص..» [٨٦] .

وينبغي لنا هنا أن نلاحظ أن فساد العقد عند أبي حنيفة لا يرادف البطلان عند الجمهور، فالفاسد من العقود هو الذي يعود النهي فيه إلى وصف خارج عن ذات الماهية ، ويمكن تصحيحه بإزالة سبب الفساد .

وبهذه الإشارة يتضح لنا أن مذهب الأحناف وإن كان قد ضيق الخناق على الشروط التي تخالف مقتضى العقد من جهة إلا أنه وسعها من جهات أخرى .

ومن هذه الاستثناءات التي أوردها الفقه الحنفي على مبدأ فساد الشروط التي تخالف مقتضى العقد: جريان العرف بهذه الشروط والاستحسان ، قال الكاساني في تعداده للشروط الفاسدة: «ومنها شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو المشتري أو للمبيع.. وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ....» [٨٧] ، وقال في موضع آخر : «وكذلك إن كان (الشرط) مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد ، لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز ....، لأن الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس ..» [٨٨] .

القول الثاني: بطلان الشرط الفاسد – الذي يخالف مقتضى العقد – وصحة العقد ، وهذا هو مذهب المالكية ، قال خليل في مختصره في تعداده للشروط الفاسدة: ..كبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع إلا بتنجيز العتق...أو (بشرط) يخل بالثمن كبيع وسلف ، وصح إن حذف[٨٩] ، وفي أقرب المسالك وشرحه: «وصح البيع إن حذف الشرط المناقض للمقصود أو المخل بالثمن..»[٩٠].

وهذا القول هو المنصوص عن أحمد في رواية، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وابن أبي ليلى وأبي ثور[٩١] .

القول الثالث : أن الشرط إذا تعلق به غرض يورث النزاع ، فسد العقد ، فإن لم يكن كذلك لم يفسد العقد ، وهو مذهب الشافعية ، قال النووي– بعد أن قرر مذهب الشافعية –: «هذا هو المشهور ، ولنا قول رواه أبو ثور أن البيع لا يفسد بفساد الشرط بحال ؛ لقصة بريرة رضي الله عنها» [٩٢].

الترجيح :

الذي يترجح للباحث في هذه المسألة هو مذهب الجمهور القاضي ببطلان الشرط الباطل أو الفاسد، وصحة العقد ونستأنس لذلك بحديث بريرة، لما أرادت عائشة أن تشتريها فتعتقها ، فأبى أهلها إلا أن يشترطوا لهم الولاء، فقال ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق ، ثم قام ﷺ فقال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل» [٩٣]، فحكم ﷺ بصحة العقد وبطلان الشرط ؛ ولأن العقود من أبواب المعاملات، والأصل فيها الحل، وتصحيحها أولى من إبطالها ما وجد إلى ذلك سبيلاً شرعياً ، ولأن العقد يُحمَل على الصحة ما أمكن ، فإذا كان مقصود الشرع يحصل بإبطال الشرط الباطل ، فلماذا نلجأ إلى إبطال العقد أيضا .

أهم النتائج التي توصل إليها الباحث:

١– الأصل في الشروط هو الإباحة .

٢– توازنت المذاهب الفقهية في حكمها على الشروط .

٣– مخالفة الشرط لمقتضى العقد ليست سبباً مستقلاً لبطلان هذا الشرط، فهناك الكثير من الشروط التي ورد بها الشرع تخالف مقتضى العقد كاشتراط الرهن أو اشتراط تأجيل الثمن كما في بيع التقسيط ، أو الانتفاع بالمبيع مدة معلومة، لكن المحظور هو المخالفة لمقصود العقد كما هو مذهب المالكية واختيار ابن تيمية .

٤– أعطى الشرع الإرادة الحرية المطلقة في اشتراط الشروط التي لا تتعارض مع الشرع .

٥– مرونة القواعد الفقهية وشمول المقاصد الشرعية في المعاملات المالية دليل دامغ على عالمية الرسالة المحمدية ، وقدرتها على معالجة القضايا المشكلة في كل زمان ومكان .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الهوامش والتعليقات :

١) البهوتي، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ، الطبعة الخامسة ، ١٤١٣ هـ، ١٩٩٢م، ج : ٤ ، ص: ٣٩٢ ، وقد عرف الشاطبي الشرط بأنه : «ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط ، أو فيما اقتضاه الحكم فيه» (الموافقات ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة ، ج : ١ ، ص: ٢٦٢) ، ويرى الباحث خطأ من يعرف الشرط في البيع بالتعريف الأصولي للشرط ، كما وقع لبعض الباحثين ، انظر: السالوس ، علي أحمد ، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ، بيروت، لبنان ، مؤسسة الريان ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م ، ص: ٦٠٠ ؛ لأنه لا يصح أن يطلق على الشرط في باب البيوع بأنه يلزم من عدمه العدم ، فالشرط في اصطلاح الأصوليين يتصل بماهية المشروط وذاته ، أما الشرط في البيع فهو وصف خارجي لا يعود إلى ركن المشروط وماهيته ، ولذلك يفرق العلماء بين الشروط في البيع وبين شروط البيع ، فشروط البيع يلزم من عدمها العدم ، أما الشروط في البيع فقد يلزم من وجودها العدم ، وذلك إذا كانت تخالف مقتضى العقد مثلا ، ولو كان الشرط فاسدا فإنه يَبْطُل ، ولا يلزم من عدمه العدم .

٢) هذا مذهب الجمهور ، انظر: ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، الرياض ، دار عالم الكتب ، ١٤٢٣هـ– ٢٠٠٣م ،ج: ٧ ، ص: ٢٨١ ، ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج:٣ ، ص: ١٢٠ ، ابن النجار ، تقي الدين الفتوحي ، منتهى الإرادات ، ج:٢ ، ص: ٢٨٦ ، الروض المربع للبهوتي مع حاشية ابن قاسم ، ج:٤ ، ص: ٣٩٢ ، إلا أن الشافعية اعتبروا الشرط الذي يشترط بعد تمام العقد في خيار المجلس أو خيار الشرط ، قال النووي: وهو ظاهر نص الشافعي، انظر: النووي ، المجموع ، بيروت، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، تحقيق وإكمال: محمد نجيب المطيعي ، ج:٩ ، ص:٤٦١ ، وقد رجح ابن القيم أن الشرط المتقدم يؤثر كذلك ، وهذا القول يتوجه إذا كان مثل هذا الشرط متفق عليه، قلت: وبذلك نعلم بطلان ما يشترطه كثير من العاقدين من أن له الحق بتغير أوصاف المبيع أو الثمن بإرادته المنفردة بعد تمام العقد ؛ لأن المعتبر في العقود هو ما كان في صلب العقد ، وذلك ليضمن الشرع أن تكون هذه الشروط نتيجة لتلاقي إرادتي طرفي العقد وتساومهما ورضاهما ؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين ، وليست شريعة الطرف الأقوى .

٣) ابن تيمية ، نظرية العقد ، تحقيق حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٦٨هـ–١٩٤٩م ، ص : ١٥– ١٧ ، و انظر: القره داغي، مبدأ الرضا في العقود ، ج : ٢ ، ص : ١١٦٦– ١١٦٧ .

٤) انظر: علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ١٨٧ ، وما بعدها ، ج : ١ ، ص : ١٥٨– ١٦٣ .

٥) قال علي حيدر: «الشرط المتعارف ولو لم يكن من مقتضيات العقد جواز البيع معه استحساناً وصار معتبراً ، وجواز البيع معه خلاف القياس ؛ لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين، ووجه الاستحسان العرف والتعامل» انظر: شرح المجلة ، ج:١ ، ص:١٥٩ .

٦) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ج:٢، ص: ٦٧٢ .

٧) ابن رشد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن احمد ، المقدمات ، تحقيق: سعيد أعراب ، دار إحياء لتراث الإسلامي ، قطر ، الطبعة الأولى

١٤٠٨ – ١٩٩٨، ج : ٢ ، ص: ٦٧ ، ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم ، ت: ٦١٦، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ج:٢، ص: ٦٧٢–٦٧٣ .

٨) انظر:النووي ، روضة الطالبين ، ج : ٣ ، ص: ٤٠٥ –٤٠٦ ، والمجموع شرح المهذب ، ج: ٩ ، ص: ٣٦٨ ، باب: ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسد .

٩) انظر: البهوتي ، الروض المربع ، مع حاشية ابن قاسم ، ج : ٤ ، ص : ٣٩٢ – ٤٠٦.

١٠) قال ابن حزم : «..فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده لأن العقود والعهود والأوعاد شروط ، واسم الشرط يقع على جميع ذلك ، قلت : يشير – رحمه الله – إلى قول النبي ﷺ : «ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، ولو كان مائة شرط...» الحديث ، ثم قال – رحمه الله – : فلما قام البرهان بكل ما ذكرنا ، وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد أو نذر التزمه المرء فإنه ساقط مردود ، ولا يلزمه منه شيء أصلاً إلا أن يأتي نص أو إجماع على أن ذلك الشيء الذي التزمه بعينه واسمه لازم له ، فإن جاء نص أو إجماع بذلك لزمه و إلا فلا ، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمناه إياه نص أو إجماع ، فان حكم حاكم بخلاف ما قلنا فسخ حكمه ورد بأمر النبي ﷺ إذ يقول : «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» (ابن حزم ، الإحكام شرح أصول الأحكام ، ج : ٢ ، ص: ٣ – ٤١) .

١١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته (البخاري ٢٥٣٥ ، باب : بيع الولاء وهبته) .

١٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم: ٣٣٢٧ ، باب فضل المدينة ، ودعاء النبي ﷺ فيها بالبركة ، وبيان تحريمها وتحريم صيد شجرها ..، من كتاب الحج ، وأصله عند البخاري في صحيحه برقم: ٤٣٢٦ من كتاب المغازي، باب : غزوة الطائف ،ولفظه: «من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم ، فالجنة عليه حرام» .

١٣) انظر: ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن قاسم العاصمي النجدي ، وولده محمد ، دار الرحمة ، ج : ٢٩، ص: ١٤٩ – ١٥٠ .

١٤) مقتضى العقد المطلق : لفظة المطلق هنا وصف للعقد، والعقد هو ارتباط إيجاب بقبول يظهر أثره في المحل ، فمقتضى العقد ظهور أثره في المحل ، فإن كان العقد بيعا مثلا، فمقتضاه تسليم الثمن وتسلم المشتري للسلعة ، فاشتراط أي شرط – كانتفاع البائع بالسلعة مدة محدودة – ينافي مطلق العقد .

وأما قوله: مقتضى العقد مطلقاً، فالإطلاق هنا وصف لكلمة مقتضى ، وما يقتضيه العقد يشمل أموراً أكد الشرع صحتها لتوافقها مع مقصوده من هذا العقد ، وأموراً لم يعتبرها الشرع ، قال علي الخفيف : «واشتراط ما ورد به الشرع كاشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه ، هو شرط صحيح لورود الشرع به، وإن كان مخالفاً لمقتضى العقد» (الخفيف، علي ، أحكام المعاملات ، ص: ٢٣٠)، وعليه فالمحظور هنا هو مخالفة مقصود الشارع في العقد .

١٥) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع :ابن قاسم وولده ، ج : ٢٩ ، ص: ١٣٧–١٣٨ .

١٦) المرجع السابق ، ج : ٢٩ ، ص : ١٥٦ .

١٧) مثال الشرط المنافي لمقصود العقد أن يشترط الطلاق في النكاح أو الفسخ في العقد ، ومثال الشرط الذي يخالف مقصود الشرع أن يشترط في البيع قرضاً أو أن يشترط في القرض ربا وفائدة ، فالنهي عن الشرط في المثال الأول لمخالفته للحكم الأصلي للعقد ، وأما النهي عن الشرط في المثال الثاني فلدخوله في مجال المحرمات شرعاً .

١٨) للاستزادة ، انظر: محمد بن عبد العزيز اليمني ، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ، الرياض ، كنوز إشبيليا ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧هـ ـــــ ٢٠٠٦م ، ص: ١١٨– ١٣٣، علي محيي الدين القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، ١١٦٤ : ١١٩٦ .

١٩) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج:٢٩ ، ص : ١٢٦– ١٢٧ .

٢٠) ابن حزم ، الإحكام شرح أصول الأحكام ، ج: ٢ ، ص : ٢٣ .

٢١) ابن حزم ، المحلى ، ج : ٨ ، ص: ٤١٥ .

٢٢) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج : ١ ، ص: ٣٢٠– ٣٢١ .

٢٣) توجيه خلاف العلماء في هذه المسألة:

١– أما قول شيخ الإسلام إن قول أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد، فيستفاد منه :

– أنه ليس هناك نص معتمد في هذه المذاهب يبين الأصل عندهم فيها .

– أن هذا القول إنما نتج عن استقراء للنصوص هذه المذاهب .

– أنه نسب القول في مذهب مالك وأحمد إلى أصحابهما لا إلى الإمام نفسه ، وهذا من دقته رحمه الله ، وهذا واضح فإن لعلماء المذاهب اجتهادات قد يخالفون في بعضها المعتمد في مذاهبهم .

– وأما قوله: أن كثيراً من أصول أبي حنيفة تبنى على ذلك ...فهذه العبارة الدقيقة لا تعني أن الأصل عندهم هو الحظر و إلا لكان رحمه الله سوى بينهم وبين أهل الظاهر في نسبة القول لمذاهبهم صراحة ، وإنما لأن علماء هذين المذهبين وضعوا الكثير من القيود على الشروط، وشددوا فيها حتى ضيقوا الخناق على كثير منها ، ومن هذه القيود على سبيل المثال نظرية مقتضى العقد التي شددوا فيها ، وبنوا عليها رد كثير من الشروط ، وكذلك ما اشتهر به الحنفية والشافعية من الأخذ بحيث «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط» مما دفعهم كذلك إلى إبطال الكثير من الشروط، فهذا مثال على ما قصده – رحمه الله – من قوله : «وكثير من أصول أبي حنيفة والشافعي تبنى على ذلك»، وإنما أسهبت في بيان ذلك لأن هذه المسألة تكرر الإنكار فيها على ابن تيمية من غير فهم لقصده رحمه، (انظر: القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود، ج: ٢ ، ص: ١١٨٨ ، محمد اليمني ، الشرط الجزائي ، ص:١٢٠) .

– وأما قوله رحمه الله : «وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط منه ، فأظنها قد اتضحت بما أسلفت ذكره ، وبهذا يتبين لنا دقة تعليق العلامة أبي زهرة على عبارة ابن تيمية حين قال : والمتتبع لعبارات الفقهاء في الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله ذلك الكاتب الفقيه العظيم : (الملكية ونظرية العقد ، ص: ٢٢٧) .

٢– وأما قول ابن حزم : «والعجب كله من احتجاج الحنفيين والمالكيين بهذه الأخبار، وهم أول مخالف» فهذا الكلام إنما يصب على مسألة الاحتجاج ، ولا يعني أنه قصر هذا القول على هذين المذهبين ، وآخر الكلام يشير إلى ذلك.

٣– وأما عزو ابن القيم هذا القول إلى جمهور الفقهاء فهذا واضح جدا وموافق للواقع ، وغاية في الدقة .

٢٤) العدوي ، محمود شوكت ، نظرية العقد ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون ، ص: ١٣٩ ، حيث عزا هذا القول إلى الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة ، وعلى رأسهم الظاهرية .

٢٥) السنهوري، مصادر الحق ،ج : ٣ ، ص: ١٧٤

٢٦) الزرقا، المدخل الفقهي العام ،ج : ١ ، ص: ٥٤٩ –٥٥٣ ، أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد، ص : ٢٢٨ ، محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص: ٤٧٧.

٢٧) القره داغي، مبدأ الرضا في العقود ، ج :٢ ، ص: ١١٨٨ ، محمد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود، ص : ١٢٢ .

٢٨) السبب في عدم ضبطها بضابط كلي في المذاهب يعود في نظر الباحث إلى أمور :

– أولها:أن هذه الشروط لا يمكن أن تنحصر، بل هي باب متجدد من أبواب الفقه ، وبناء عليه فإن أحكامها ستختلف من شرط لآخر .

– ثانيها : أن النظرة الشرعية إلى هذه الشروط تختلف من مذهب لآخر ، وهذا الاختلاف مرده إلى انه يتنازعها كثير من الأصول ، فمن ناحية تتأثر بالمقاصد الشرعية في المعاملات ألا وهي تحقيق مصلحة المكلف ، ومن ناحية أخرى تتأثر بالعرف المتعارف عليه ، وتارة أخرى تتأثر بأبواب المحرمات في البيوع كالربا وبيعتين في بيعة ، ومخالفة مقتضى العقد ، وتارة تتأثر بأصول خاصة ببعض المذاهب كالاستحسان عند الحنفية ، والاستصلاح عند المالكية ، وتارة أخرى تتأثر بقواعد عامة كقاعدة : لا ضرر ولا ضرار.... ولهذا فضل كثير من الفقهاء عدم تأصيل هذه المسألة لاختلاف الأدلة الشرعية في ذلك ، خاصة حديث جابر رضي الله عنه ، وحديث بريرة ، مما دفع بعض أهل العلم إلى تحريم الشروط بناء على تحريم النبي اشتراط الولاء للبائع ، وظهرت نتيجة ذلك نظرية مقتضى العقد التي ضيقت الخناق على كثير من الشروط.

٢٩) للاستزادة ، انظر: الخن ، مصطفى سعيد، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة، ص : ٥٢٩ ، وما بعدها .

٣٠) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٣٥٠٤ من كتاب البيوع ، باب : في الرجل يبيع ما ليس عنده .

٣١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج : ٦ ، ص: ٩٨ .

٣٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم ١٣٥٢ ، من كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وقد أخرج طَرَفَه البخاري في صحيحه تعليقا بصيغة الجزم ، ولفظه: قال النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» ، باب: أجر السمسرة ، ص: ٤٠٦ ، وقد صححه الألباني

بمجموع طرقه (السلسلة الصحيحة ، الرياض ، مكتبة المعارف ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ -١٩٩٦م ، المجلد السادس ، القسم الثاني ، ص: ٩٩٢) .

٣٣) ابن مفلح ، شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد ، الفروع ، الرياض ، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥-١٩٨٥، ج : ٥ ، ص: ٢١٨ .

٣٤) ابن عبد الهادي، شمس الدين محمد بن احمد بن عبد الحميد ، تنقيح تحقيق أحاديث التعليق ، تحقيق : ايمن صالح شعبان ، بيروت لبنان ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩-١٩٩٨، ج : ٣ ، ص : ٥٦ .

٣٥) أخرجه البخاري برقم ٢٧١٨ ، من كتاب الشروط ، باب :إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.

٣٦) عند الترمذي ، برقم ١٢٥٣، من كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ ، باب : ما جاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع ، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

٣٧) سبق تخريجه ، انظر الحاشية رقم ٣٢ .

٣٨) أخرجه البخاري في صحيحه برقم: ٤٥٦، من كتاب الصلاة ، باب: ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، وبرقم: ٢٧٢٦، من كتاب الشروط ، باب: ما يجوز من شروط المكاتب إذا رضي بالبيع على أن يعتق.

٣٩) هذا الدليل استدل به كذلك القائلون بنظرية مقتضى العقد من الشافعية والحنابلة والحنفية ، واستدل به ابن حزم كذلك على صحة مذهبه .

٤٠) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب البيوع والأقضية ، باب: في الرجل يبيع داره ويشترط سكناها ،الهند ، الدار السلفية ، ج : ٧ ، ص: ٢٤٨ ، في كتاب البيوع ، برقم : ٣٠٥٣

٤١) البهوتي ، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ، البهوتي، ج: ٤ ، ص: ٣٩٦ .

٤٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم : ٣٣، من كتاب الإيمان ، باب : علامة المنافق .

٤٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٥١٥١ ، من كتاب النكاح ، باب : الشروط في النكاح .

٤٤) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع : عبد الرحمن بن قاسم وولده، ج : ٢٩ ، ص : ١٣٨-١٤٦ .

٤٥) المرجع السابق ، ج :٢٩ ، ص: ١٥٠ .

٤٦) المرجع السابق ، ج: ٢٩ ، ص: ١٥٠ .

٤٧) سبق تخريجه في الحاشية رقم ٣٨.

٤٨) عند البخاري في صحيحه ، برقم ٢١٥٥ ، من كتاب البيوع ، باب البيع والشراء مع النساء .

٤٩) ابن حزم ، الإحكام شرح أصول الأحكام، ج : ٢ ، ص: ١٢ - ١٣ .

٥٠) المرجع السابق ، ج : ٢ ، ص : ١٣ -١٤.

٥١) المرجع السابق ، ج : ٢ ، ص : ١٣ -١٤.

٥٢) سبق تخريجه ، في الحاشية رقم :١١ .

٥٣) سبق تخريجه ، في الحاشية رقم : ١٢ .

٥٤) قال تعالى : ﴿... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ...﴾ (الأحزاب: ٤) ، وقال: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾ (الأحزاب: ٥) .

٥٥) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع ابن قاسم وولده ، ج : ٢٩ ، ص : ١٤٨ .

٥٦) سبق تخريجه ، في الحاشية ٣٨ .

٥٧) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع ابن قاسم وولده ، ج : ٢٩ ، ص: ١٦٣ .

٥٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، برقم ١٩٧٢٦ ، من كتاب الضحايا ، باب : ما لم يذكر تحريمه ، ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب .ج : ١٠ ، ص: ٢١ .

٥٩) أخرجه الترمذي في سننه برقم : ١٧٢٦ ، من حديث سلمان قال : سئل رسول الله ﷺ عن السمن والجبن والفراء ؟ فقال :«الحلال ما أحله الله في كتابه ، والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا عنه» ، وقال عنه الترمذي : الأشبه وقفه على سلمان ، وقد ذكره الحافظ في الفتح وقوى إسناده بالشواهد (فتح الباري ، ج : ١٧ ، ص: ٨٣).

٦٠) ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج : ١ ، ص: ٣٢٦ ، بتصرف .

٦١) للاستزادة ، نظر : السالوس ، علي أحمد ، فقه البيع و الاستيثاق والتطبيق المعاصر ، ص: ٦٠٤-٦٢٧ .

٦٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم ٣٩١٣ ، من كتاب البيوع ، باب : النهي عن المحاقلة وعن المخابرة ....

٦٣) النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، شرح صحيح مسلم ، تحقيق : حازم محمد ، وعماد عامر ، ج : ٥ ، ص: ٤٥٩ ، القاهرة ، دار أبي حيان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥-١٩٩٥ .

٦٤) انظر: النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج:٥ ، ص: ٤٥٩ .

٦٥) أخرجه أحمد في المسند ، انظر: المسند مع شرحه الفتح الرباني ، لأحمد عبد الرحمن البنا ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ج : ١٥ ، ص ، ٤٥ ، وقد أورده الحافظ في التلخيص وسكت عنه(١٢/ ٣، برقم: ١١٤٩) ، وقال عنه الهيثمي في المجمع : رجاله ثقات (مجمع الزوائد ، بيروت ، لبنان، مؤسسة المعارف ، ١٩٨٦ ج: ٤ ، ص: ٨٨) ، قلت: ويشهد له حديث أبي هريرة في النهي عن بيعتين في بيعة .

٦٦) أخرجه الترمذي في سننه برقم: ١٢٣١ ، من كتاب البيوع ، باب: النهي عن بيعتين في بيعة ، وقال حسن صحيح ، ومالك في الموطأ بلاغا ، برقم ١٩٣٥ ، باب: النهي عن بيعتين في بيعة ، ج: ٢ ، ص : ١٩٢ ، بيروت ، لبنان ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧ ، ١٩٩٧ ، تحقيق: بشار عواد معروف .

٦٧) أخرجه أحمد ، انظر المسند مع الفتح الرباني للبنا ، ج : ١٥ ، ص: ٤٥ .

٦٨) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٣٤٦١ من كتاب البيوع ، باب : فيمن باع بيعتين في بيعة .

٦٩) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٣٥٠٤ من كتاب البيوع ، باب : في الرجل يبيع ما ليس عنده .

٧٠) للاستزادة من صور الحيل الثنائية والثلاثية ، انظر: مجموع الفتاوى ، ابن تيمية، ج : ٢٩ ، ص : ٤٤٠ ، وانظر في المرجع نفسه، ج : ٢٨ ، ص : ٧٤ .

٧١) فسر الحنفية والشافعية والحنابلة «البيعتين في البيعة» بالعقود المركبة ، كأن يقول الرجل لآخر: بعتك بستاني هذا بكذا على أن تبيعني دارك بكذا...أو على أن تؤجرني أو أؤجرك .... وكل ما كان في معناه فله حكمه (ابن قدامة ، المغني ، ج : ٦ ، ص: ٣٣٢ ،

معهد التدريب والدراسات القضائية

بتصرف) قال السرخسي في المبسوط: وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن ، فالبيع في جميع ذلك فاسد لنهي النبي ﷺ عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة (السرخسي ، المبسوط ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، المجلد الخامس ، الجزء لثالث عشر ، ص : ١٩) ، وبناء عليه ذهبوا إلى عدم جواز الجمع بين أي عقدين بعوضين متميزين، وخالفهم في ذلك المالكية وابن تيمية وابن القيم (انظر: نزيه حماد ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، دمشق ، دار القلم ، الطبعة الأولى، ١٤٢١ ، ٢٠٠١ ، ص : ٢٥٥) .

٧٢) ذهب المحققين من أهل العلم إلى أن معنى الحديثين متطابقين، قال الإمام احمد: «صفقتين في صفقة مثل بيعتين في بيعة»، انظر الباتلي، خالد بن عبد العزيز، أحاديث البيوع المنهي عنها ، ص : ١١٩ .

٧٣) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع :عبد الرحمن بن قاسم وولده ، ج : ٢٩ ، ص : ٤٤٠.

٧٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٣٤٦٢ ، من كتاب البيوع ، باب: في النهي عن العينة .

٧٥) سبق تخريجه ، في الحاشية رقم : ٦٨ .

٧٦) ابن قدامة ، المغني ،ج : ٦ ، ص : ٣٣٤ ، للاستزادة :انظر ، الحصكفي ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ، ج : ٧ ، ص: ٢٨٥ ، ابن النجار ، منتهى الإرادات مع حاشية المنتهى ، ج : ٢ ، ص : ٢٩١ ، الدردير ، الشرح الصغير ، ج: ٣ ، ص: ١٠٣ .

٧٧) فسر الإمام احمد الشرطان في البيع بأن يشترط شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد ، كأن يشتري طعاما ويشترط طحنه وحمله ، فإن اشترط احد هذه الأشياء فالبيع جائز ، وان اشترط شرطين فالبيع باطل (ابن قدامة ، المغني ، ج : ٦ ، ص : ٣٢٢ ، وانظر سنن الترمذي ، ص: ٢٩٣ ، برقم: ١٢٣٤ ، لكن الذي يترجح لدى الباحث صحة هذه الشروط .

٧٨) ابن القيم ، تهذيب السنن ، مطبوع مع معالم السنن للخطابي ، ومختصر سنن أبي داود للمنذري ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، القاهرة ، مكتبة ابن تيمية ، ج : ٥ ، ص : ١٤٤- ١٤٩ ، بتصرف .

٧٩) الطبراني ، أبو القاسم سليمان بن احمد بن أيوب اللخمي ، المعجم الأوسط ،عمان ، الأردن ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠- ١٩٩٩، ج: ٣ ، ص : ٢١١ ، برقم : ٤٣٦١ .

٨٠) انظر: الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي ، نصب الراية لأحاديث الهداية ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ - ١٩٨٧، ج : ٤ ، ص: ١٧ -١٨ .

٨١) ابن قدامة ، المغني ، ج : ٦ ، ص: ٣٢٣ .

٨٢) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، جمع : عبد الرحمن بن قاسم وولده ، ج: ٢٩ ، ص: ١٢ .

٨٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الرابعة عشرة ، ج:٤، ص: ٦٩٢ .

٨٤) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص: ٢٢٨ .

٨٥) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ، ج:٤ ، ص: ٥٨٢ ، وللاستزادة ، انظر : الخفيف،علي، أحكام المعاملات ، ص: ٢٣٢ .

٨٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج:٤ ، ص: ٣٨٧ .

٨٧) المرجع السابق ، ج: ٤، ص: ٣٧٧ .

٨٨) المرجع السابق ، ج:٤ ، ص: ٣٨١ .

٨٩) انظر: مختصر خليل بحاشية الآبي ، المسمى جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، دمشق ، دار الفكر ، ج:٢، ص: ٢٥.

٩٠) الدردير ، الشرح الصغير ، ج:٣، ص: ١٠٤ .

٩١) انظر: ابن قدامة ، المغني ، ج: ٦ ، ص: ٣٢٥ .

٩٢) انظر: النووي ، روضة الطالبين ، ج: ٣، ص: ٤١٠ .

٩٣) سبق تخريجه في الحاشية رقم ٣٨ .

